Die Anwendbarkeit der Vorschriften des Schuldrechts auf den Herausgabeanspruch.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Referendar **Hans Reuß**

aus Cöln a. Rh.

ROSTOCK
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1912.

Referent: Herr Professor Dr. M a t t h i a s.

Inhaltsverzeichnis.

Literatur-Verzeichnis.

Affolter, „Actio und Anspruch" in Busch's Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 31.

Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 68, 80, 94, 100.

Baring, Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz im Sächsischen Archiv, Bd. 14.

Bunsen, in Bernhöfts und Bindings Beiträgen zur Auslegung des BGB., Heft 6.

Bähr, Zur Zessionslehre, in Iherings Jahrbüchern, Bd. 1.

Biermann, Sachenrecht im Kommentar zum BGB. und Nebengesetzen.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf Grund des BGB., 3. Aufl. 1900.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 1900.

Dernburg, Pandekten, 6. Aufl. 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 1. Bd. 1. Aufl., 2. und 3. Bd. 3. Aufl.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1903.

Enneccerus und Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl. 1901.

Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1888 (1. Lesung), Berlin 1895 (2. Lesung).

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB., 6. Aufl.

Gierke, Sachenrecht, Bd. 2 1905.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 1.

Hellmann, Blätter für Rechtsanwendungen.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.

Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des BGB.
Ihering, Übertragung der Rei vindicatio auf Nichteigentümer. Jahrbücher, Bd. 1.
Kohler, Kommentar zum BGB., Bd. 1.
Kohler, Annahme und Annahmeverzug in Iherings Jahrbüchern, Bd. 17.
Kretschmar, Die Erfüllung, Bd. 1, 1906.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1900 und 1910.
Motive zu dem Entwurf eines BGB., Berlin und Leipzig 1888.
Mühlenbruch, Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte, Greifswald 1836.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 1906.
Rechtsprechung der OLG., Bd. 5.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar.
Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, 1893.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.
Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis, Tübingen 1907.
Stampe, Die Lehre von der Abtretung der Vindikation. Archiv f. zivil. Pr., Bd. 80.
Staudinger, Kommentar zum BGB., Bd. 2 u. 3, 1910.
Wendt, Exceptio doli generalis im heutigen Recht. Archiv f. zivil. Pr., Bd. 100.
Windscheid, Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Th. Kipp, Frankfurt 1900.
Wlassak, Realenzyklopädie von Pauly-Wissowa 1900.

Dissertationen:

E. Fritsch, § 931 BGB. und die Cession der rei vindicatio, Erlangen 1906.
Stälin, Über die dinglichen Ansprüche des BGB. hinsichtlich der Anwendbarkeit des allgemeinen Teiles des Rechtes der Schuldverhältnisse auf dieselben.

I. Einleitung.

§ 1.

Als Einleitung zu der vorliegenden Arbeit, die sich mit dem Herausgabeanspruch und seinem Verhältnis zum Schuldrecht beschäftigt, soll der Werdegang unseres heutigen Anspruchsbegriffes kurz skizziert werden.

Der Begriff ist hergeleitet aus der römischen „actio", welche Celsus[1] folgendermaßen definiert:

> „nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debeatur persequendo".

Celsus bezeichnet also als actio die Befugnis, das was Jemandem gebührt, gerichtlich geltend zu machen, sein Recht im Prozeßweg zu verfolgen.

Actio ist die Klage, nicht als Tatsache gedacht, sondern als rechtliche Zuständigkeit.[2]

Die prozessuale Verfolgbarkeit war auch das, worauf es dem Römer am meisten ankam und ankommen mußte. Denn bis in die Kaiserzeit hatte die Gerichtsregel der Rechtsregel gegenüber das größere Gewicht.

Das tritt besonders im Formularprozeß hervor, wo die Rechtsprechung des Prätors vollständig unabhängig von dem jus civile war, wo dieser das strenge Zivilrecht ausdehnen oder einschränken konnte, wie es ihm beliebte.

---

1) L. 51. D. 44,7.
2) Kipp bei Windscheid, § 44.

Wenn er Hülfe gewähren wollte, so tat er dies, indem er beim Vorliegen irgend eines Tatbestandes dem Kläger eine actio gab. Damit war die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung gegeben, und nun erst kam das Recht zu seiner Wirkung.

Die actio war das Primäre; sie machte erst das Recht.

Unter diesen Verhältnissen ist es verständlich, daß bei den Römern derjenige, welcher wissen wollte, ob er mit einem Anspruch durchdringen könne, nicht zu fragen hatte, ob das jus für ihn sei, sondern ob und welche actio ihm zu Gebote stehe.[1]

Die eingangs erwähnte Definition der actio bezieht sich meines Erachtens sowohl auf die actio in personam, als auch auf die actio in rem.

Wenn Wlassak[2] annimmt, daß der materielle Begriff der actio in rem, als des dinglichen Anspruchs, den klassischen Juristen unbekannt gewesen sei, und als Grund hierfür den Satz „invitus nemo rem defendere cogitur“ anführt, so kann ich dieser Folgerung nicht beistimmen.

Gewiß ist niemand verpflichtet, sein Eigentum vor fremdem Eingriff zu schützen, (volenti non fit injuria) aber mit Aufstellung dieses Satzes ist doch nicht gesagt, daß es keine anerkannte actio gab, die Jemand die Möglichkeit sicherte, das, was ihm auf Grund eines dinglichen Rechts gebührte, gerichtlich geltend zu machen. Der Einwand, das in der zitierten Stelle des Celsus gebrauchte Wort „deberi“ weise darauf hin, daß die Definition nur auf die actio in personam passe, erscheint mir auch unzutreffend.

---

1) Kipp bei Windscheid, § 44, S. 162 Anm. 2.

2) Wlassak, Realenzyklopädie von Pauly-Wissowa 1904.

Richtig und natürlich ist meines Erachtens die Auffassung Windscheids,[1] wenn er deberi nicht mit „schulden“ sondern mit „gebühren“ übersetzt und so alle Schwierigkeiten zwanglos wegräumt.

Aus der römischen actio hat sich unser heutiger Begriff „Anspruch“ entwickelt.

Das Wort „Anspruch“ ist nach Grimm[2] seinem Ursprung nach identisch mit dem angelsächsischen Wort „Onsprecan“, das „klagen“ bedeutet, „Onspreca“ der Kläger.

Wie sich aus den nachstehend zitierten Stellen ergibt, bedeutete im Mittelalter das Wort „Ansprache“ das Recht, vor Gericht etwas geltend zu machen und zu verfolgen.

1370.

biddende dat he se der Ansprake entleddigede.

1356.

Wan sie aber nit en ist, so sal der Mann, der ir das lehn irn lebtagen getragen hat kein rechte, Ansprache oder forderunge an das Ambt oder lehn furbas han.

1399.

wy hebbet quyd ledig und losgelaten aller Pflicht, Ansprake und Rechtes, des se uns und Stychte habben pflichtig ghewesen, von eghendhummes weghere.

1438.

sit dem male alle Fehde zugriffe in dem Riche gewöhnlich geschehn von vermessener Ansprache wegen die eyne Persone oder Partei gein der der andere fürzühet oder zu habende vermeint.

---

1) Kipp bei Windscheid, § 45, Anm. 1; Windscheid, actio, S. 5, 6.
2) Bolze bei Gruchot, Beiträge, Bd. 46, S. 753 ff.

In allen diesen Stellen hat das Wort „Ansprache" die Bedeutung als etwas vor Gericht Verfolgbares; das Prozessuale ist das Wesentliche des Begriffs.

Ähnliches finden wir in den §§ 22 ff. des allgemeinen Berggesetzes für die Preußischen Staaten vom 23. Juni 1865 und in dem deutschen Patentgesetz, §§ 6 ff., vom 7. April 1891.

Hier bedeutet Anspruch, ganz ähnlich wie actio im römischen Recht und Ansprache im mitteldeutschen Recht, daß derjenige, welcher die Verleihung des Bergwerkseigentums oder den Schutz einer von ihm gemachten Erfindung im Sinne des Patentgesetzes begehrt, im Wege der Anmeldung bei der zuständigen Behörde ein Mittel hat, durch das der Anmeldung folgende Verfahren ein dem Gesetz entsprechendes Recht zu erlangen.

Also auch hier der Anspruch als das prius im Sinne der römischen actio, als Befugnis der Geltendmachung in einem dem gerichtlichen ähnlichen Verfahren, und als Folge erst das Recht.

Das Verdienst, der Schöpfer unseres heutigen Anspruchsbegriffes zu sein, gebührt W i n d s c h e i d.

Wenn er in seiner „actio" sagt [1] — den damaligen römischen Zuständen entsprechend — die Rechtsordnung sei bei den Römern nicht die Ordnung der Rechte, sondern die Ordnung der gerichtlich verfolgbaren Ansprüche gewesen, was nach dem über die Jurisdiktion des Prätors Gesagten auch ohne weiteres einleuchtend ist, so trug er auch der Entwicklung des Rechtes und der Verhältnisse Rechnung, wenn er für die Zeit, in welcher er seine actio schrieb, den oben angeführten Satz umdrehte, und anerkannte, daß nun-

---

1) Windscheid, actio, S. 3.

mehr wirklich die Rechtsordnung eine Ordnung der Rechte geworden war, denn jetzt war das Recht das Primäre und aus ihm ging erst der Anspruch hervor.

Windscheid definiert den von ihm eingeführten Begriff „Anspruch“

> „als das Recht, von einem Andern etwas zu verlangen“.[1]

Es fehlt diesem Anspruch also das Charakteristikum der römischen actio und der mitteldeutschen Ansprache, das in der gerichtlichen Geltendmachung bestand, das prozessuale Element.

Dieser Anspruchsbegriff ist dann noch erweitert worden durch das BGB. für das deutsche Reich, das den Anspruch in § 194

> „als das Recht, von einem Andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“

definiert.

Die Lehre vom Anspruch, auch sein Verhältnis zum zivilprozessualen Anspruch, ist sehr bestritten.

Daß ein Unterschied zwischen dem Anspruchsbegriff des BGB. und dem der ZPO. besteht, ergeben die Motive, indem sie sagen:[2]

> „Nicht unter den Anspruchsbegriff im Sinne des Entwurfes fällt das Recht auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisses durch richterlichen Spruch“.

Der Anspruch des BGB. verlangt immer eine Leistung.

Mit der zivilprozessualen Klage werden aber vielfach Ansprüche geltend gemacht, die ihre Befriedigung nicht in einer Leistung finden.

---

1) Windscheid, actio, S. 5.
2) Motive, Bd. 1, S. 291.

Man denke nur an die Feststellungsklagen. Würde man daher den Anspruch des BGB. und den der ZPO. gleichstellen, so wäre man auf analoge Anwendung des Anspruchsbegriffes des BGB. in allen den Fällen angewiesen, in welchen der Zweck der Klage keine Leistung ist.

Das ist aber meines Erachtens deshalb unstatthaft, weil das BGB. ausdrücklich betont, daß es seinen Anspruch mit dem der ZPO. nicht identifiziert wissen will.

> Art. 6 des EBGB. lautet nämlich: „In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch Klage oder Widerklage ein Anspruch „auf Grund des bürgerlichen Gesetzbuches" geltend gemacht wird usw.".

Damit ist meines Erachtens zur Genüge ausgedrückt, daß der Anspruch des BGB. etwas für sich Bestehendes Selbständiges ist; jedenfalls ist der zivilprozessuale Anspruch ein weit umfassenderer als der des BGB. Er ist nach Hellwig[1]

> „Das Urteilsbegehren im Sinne dessen, was begehrt wird, was der Richter dem Kläger zusprechen soll".

Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, auf die hierüber bestehenden Streitfragen näher einzugehen. Vielmehr sollten nur die Wandlungen des Begriffs „Anspruch" in der Rechtsentwicklung kurz dargestellt werden. Wenn ich hierbei hauptsächlich der Lehre Windscheid's gefolgt bin, so ist das wohl durch die Tatsache, daß sein in der „actio" aufgestellter Anspruchsbegriff schon im wesentlichen mit dem heutigen Anspruchsbegriff des BGB. übereinstimmt, gerechtfertigt.

---

1) Hellwig, S. 156.

II. Abhandlung.

§ 2.

Das Verhältnis des Anspruchs zum Schuldverhältnis.

Ansprüche können aus den verschiedenartigsten Verhältnissen entstehen, und demgemäß kennt das BGB. nicht nur Ansprüche aus Schuldverhältnissen, sondern auch Ansprüche aus sachenrechtlichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Verhältnissen.

Wie diese verschiedenen Arten von Ansprüchen rechtlich zu behandeln sind, ist sehr bestritten.

Das Verhältnis des Anspruchs aus dem Schuldverhältnis zu diesem ergibt sich aus der Beziehung des § 194 BGB. zu § 241 BGB.

§ 194 BGB lautet:

> Das Recht, von einem Andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen usw.

§ 241 BGB.:

> Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

In diesem Paragraphen ist meines Erachtens die Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses enthalten, und nicht, wie Siber[1] annimmt, nur eine Folgerung aus diesem Begriff. Die Folgerungen aus dem Begriff machen eben erst das „Recht

1) Siber, S. 89.

der Schuldverhältnisse“ aus, an dessen Eingang der Begriff des Schuldverhältnisses definiert ist.

Nimmt man aber an, daß § 241 BGB. eine erschöpfende Bestimmung des Begriffes des Schuldverhältnisses enthält, muß man auch die Folgerungen ziehen, und die Begriffe „Anspruch“ und „Schuldverhältnis“ für identisch erklären.

Die sprachlichen Unterschiede der §§ 194 und 241 BGB. — „verlangen“ in § 194, „fordern“ in § 241, „Tun oder Unterlassen“ in § 194, „kann auch . . bestehen“ in § 241 — sind meines Erachtens nebensächlicher Natur; gemeinsam ist beiden das Wesentliche, das Recht auf eine Leistung.

Sehr zutreffend führt Hellwig[1] hierzu aus:

> „Anspruch“ bedeutet nur das Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, das § 241 BGB. als „Leistung“ bezeichnet. Dieser Anspruch und die privatrechtliche Forderung korrekter; das Anspruchsrecht und das Forderungsrecht sind indentische Begriffe.
>
> Was Anspruch von der Seite des Berechtigten aus bedeutet, bezeichnet das BGB. von der Seite des Verpflichteten als Verbindlichkeit.
>
> Im Ganzen bedeutet jeder Anspruch ein „Schuldverhältnis“.

Der hier vertretenen Ansicht sehr nahe steht Siber.[2]

Wenn er aber zunächst ausführt,[3] das Schuldverhältnis sei kein Anspruch, sondern begründe erst ein solchen, und dies damit begründet, daß

1) Hellwig, S. 5.
2) Siber, S. 92.
3) Ebendort, S. 89 ff.

a) ein Schuldverhältnis unter Umständen schon bestehe, bevor die darauf beruhenden Ansprüche fällig, d. h. entstanden seien;

b) es bei aufschiebend bedingten Schuldverhältnissen überhaupt ungewiß sei, ob jemals ein Anspruch entstehen werde oder nicht,

so ist dem entgegen zu treten.

Der Anspruch entsteht unter allen Umständen mit dem Schuldverhältnis, sonst wäre ja auch die von mir angenommene Identität von Anspruch und Schuldverhältnis ein Unding. Wenn z. B. im Juli ein Mietsvertrag zustande gekommen ist, nach welchem der Mieter das Mietsobjekt erst am 1. Oktober antreten soll, so ist bereits im Juli auch ein dem Inhalte des Mietsvertrages entsprechender Anspruch auf Einräumung der Wohnung zum 1. Oktober entstanden.

Daß dieser Anspruch erst am 1. Oktober fällig wird und erst dann geltend gemacht werden kann, hindert nicht, daß er schon früher besteht, denn die Möglichkeit der gerichtlichen Verfolgung ist, wie z. B. der Anspruch aus Spiel zeigt, kein Erfordernis eines gültig bestehenden Anspruchs.

Als weiteres Beispiel führt Siber[1] die Schadensersatzansprüche aus Verzug an, die erst nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintreten könnten.

Siber verkennt hier, daß außer dem allgemeinen Schuldverhältnis z. B. Kauf, durch besondere Umstände, also z. B. Annahmeverzug, ein besonderes Schuldverhältnis entsteht.

Die Verurteilung lautet demgemäß auch, die Sache abzunehmen, den Kaufpreis und Zinsen zu zahlen. Bei

---

1) Siber, S. 90.

diesem besonderen, eventuell zum allgemeinen später hinzutretenden Schuldverhältnis ist aber der Anspruch mit dem Schuldverhältnis gemäß meiner früheren Erörterung wieder identisch.

Das zweite Argument Sibers, bei aufschiebend bedingten Schuldverhältnissen sei es überhaupt ungewiß, ob jemals ein Anspruch entstehen werde oder nicht, ist auch nicht stichhaltig und außerdem nicht recht verständlich.

Er sagt:[1]

> während des Schwebens der Bedingung liegt deshalb kein Schuldverhältnis im Sinne des § 241 BGB. vor, weil noch völlig unentschieden ist, ob eine Partei von der anderen eine Leistung zu fordern haben wird.

Wenn das richtig wäre, wenn also überhaupt kein Schuldverhältnis vorläge, dann könnte selbstredend auch kein Anspruch vorhanden sein.

Aber meines Erachtens besteht eben auch während des Schwebens der Bedingung ein Schuldverhältnis!

Das Wesentliche ist die Willensbildung der Parteien dahin, daß sie sich mit dem Eintritt oder Nichteintritt einer Bedingung gegenseitig Leistungen schulden, die „Anwartschaft" auf solche Leistungen. Mit dieser Bindung ist das Schuldverhältnis entstanden und mit ihm auch der Anspruch.

Die aufschiebende Bedingung hat nur Einfluß auf die Realisierung des Schuldverhältnisses, bezw. des Anspruches, und bis zu ihrem Eintritt sind eben diese beiden aufschiebend bedingt.

Planck[2] führt zu der Frage nach der Identität des Anspruches mit dem Schuldverhältnis aus, diese Identität

---

1) Siber, S. 97.
2) Planck, Bd. 2, S. 4, 5.

sei dann anzunehmen, wenn § 241 eine erschöpfende Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses enthalte, mit anderen Worten, wenn alle Verhältnisse, die eine Leistung zum Gegenstande hätten, auch Schuldverhältnisse seien, also die sachenrechtlichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Verhältnisse, welche auf eine Leistung gehen. Er läßt prinzipiell die direkte oder entsprechende Anwendung der Vorschriften des Schuldrechts auf diese Materie zu und erklärt es für statthaft, die oben genannten Verhältnisse unter den Begriff „Schuldverhältnisse" zu subsummieren, mit der Einschränkung, daß mit Rücksicht auf die besondere Natur der fraglichen Ansprüche einige Abweichungen von den Vorschriften des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse erforderlich seien.

Im Grunde genommen ist also nach seiner Ansicht jedes Verhältnis, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann, ein Schuldverhältnis und mithin der Begriff „Schuldverhältnis" in § 241 BGB. erschöpfend geregelt.

Diese Deduktion ergibt aber, wie er selbst sagt, [1] die Identität von Anspruch aus dem Schuldverhältnis und diesem selbst.

Wie aber ist

die Stellung des dinglichen Anspruchs zum Schuldverhältnis?

Daß im Sachenrecht eine Reihe von Schuldverhältnissen behandelt werden, ist unbestritten, so in § 1223 BGB. Der Anspruch des Verpfänders auf Rückgabe ist hier von seinem Eigentum ganz unabhängig. Ebenso steht fest, daß die

---

1) Planck, Bd. 2. S. 4. In eingeschränkterem Sinne derselben Ansicht auch Staudinger, Bd. 2. S. 4.

allgemeinen Vorschriften des Schuldrechtes auf die dinglichen Ansprüche, die sich gegen eine bestimmte Person richten, direkt oder entsprechend anzuwenden sind. Durch eingehende Erörterungen ist dies in den Motiven zum BGB. festgestellt und auch in der Literatur anerkannt.[1] Es wäre auch sonst eine Lücke im Gesetz, denn die Ansprüche aus dem Eigentum sind nur nach Inhalt und Voraussetzung geregelt, aber über das abstrakte Leistungsrecht schweigt das Sachenrecht. Aber das Gesetz verweist uns selbst auf die Stelle, wo wir diese vermeintliche Lücke ausgefüllt finden. Unbedenklich nämlich bedient es sich bei manchen Einzelheiten des Sachenrechtes der technischen Ausdrücke des Obligationenrechtes und zeigt uns damit, daß es keine grundsätzliche Verschiedenheit zwischen dinglichen und persönlichen Ansprüchen annehmen, vielmehr zum Ausdruck bringen will, daß es eine Übertragung obligationenrechtlicher Bestimmungen auf dingliche Ansprüche ohne weiteres zuläßt.

Wendt[2] kommt im wesentlichen zum selben Resultat und führt weiter zutreffend aus, darin, daß stellenweise auf das Obligationenrecht verwiesen werde, liege die Berechtigung anerkannt, für das nicht besonders nahmhaft gemachte in gleicher Weise zu verfahren und damit die obligationenrechtlichen Regeln ihrer besonderen Rechtfertigung durch eine spezielle Grundlage zu entkleiden.

Er sagt weiter:

„Das Obligationenrecht ist also nur äußerlich die Stelle, an welcher wir im Gesetz diese Rechtssätze aufgezeichnet finden und zwar ist das systematisch auch sehr wohl dadurch gerecht-

---

1) Motive, Bd. 3, S. 399, 408, 409; Planck, Bd. 2, S. 6; Staudinger, Bd. 2, S. 6.

2) Wendt a. a. O., S. 373.

fertigt, daß das Obligationenrecht es eben ex professo mit Leistungspflichten zu tun hat. Die Rechtssätze reichen aber in ihrer Tragweite so weit, als es überhaupt aus irgend welchem Grunde Ansprüche und Verbindlichkeiten gibt."

Es sind also meines Erachtens vom Gesetzgeber gewollte Beziehungen zwischen dinglichen und obligatorischen Ansprüchen vorhanden und diese Beziehungen, speziell zum dinglichen Anspruch auf Herausgabe, sind sehr nahe.[1]

§ 985 BGB. lautet:

> Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe verlangen.

Damit ist gesagt, wem der Herausgabeanspruch zusteht und gegen wen er sich richtet.

Darüber, daß unter Besitzer auch der mittelbare Besitzer verstanden ist, herrscht jetzt in der Literatur kaum ein Zweifel.

Es bleibt nun zu untersuchen, welchen Inhalt der Herausgabeanspruch hat.

Über den rechtlichen Charakter der dinglichen Ansprüche verbreitet sich sehr eingehend und meines Erachtens zutreffend Hellwig.[2]

Er führt aus:

> Der Ausdruck „dingliche Ansprüche" ist zutreffend, wenn und soweit damit gesagt sein soll, daß sie lediglich auf Grund des Widerspruches, welcher zwischen dem tatsächlichen Zustand und dem kraft des dinglichen Rechts zu fordernden Zustand obwaltet, entstehen, und daß die geschuldete Leistung lediglich

---

1) Im Folgenden wird unter Herausgabeanspruch nur der Anspruch aus § 985 BGB. verstanden.

2) Hellwig, S. 29 ff.

auf Verwirklichung des letzteren, d. h. nicht auf Veränderung der dinglichen Rechtslage gerichtet ist.

In diesem Sinne versteht das BGB. den Ausdruck „dingliche Ansprüche".

Aber es ist der Gedanke fernzuhalten, als ob der dingliche Anspruch ganz oder teilweise mit dem dinglichen Recht identisch oder ein Bestandteil desselben sei.

Vielmehr stellen die dinglichen Ansprüche, ebenso wie alle Ansprüche des BGB., eine Verbindlichkeit dar, auf welche, wenn sie entstanden sind, im Zweifel die allgemeinen Grundsätze des Rechtes der Schuldverhältnisse ebenso Anwendung finden, wie auf die aus irgend welchen anderen Gründen entstandenen Forderungen auf eine vermögenswerte Leistung.

Die dinglichen Ansprüche auf positive Leistungen sind eine sekundäre Folgeerscheinung, Forderungen, welche durch bestimmte Tatsachen entstehen und als Verpflichtung einer bestimmten Person neben das seinem positiven Inhalte nach ganz andersartige dingliche Recht treten.

Wenn Hellwig eingangs sagt, die dinglichen Ansprüche entständen auf Grund des Widerspruches usw., so läßt dies die Deutung zu, als ob das Moment der Rechtsverletzung entscheidend für die Entstehung des Anspruches wäre.

Das dürfte aber nicht zutreffen. Verleiht z. B. A. eine Sache an B. und vereinbart dabei, daß er die Sache erst nach vorangegangener achttägiger Kündigung zurückverlangen könne, so hat A. doch schon vom Tage der Kündigung an meines Erachtens einen Anspruch auf Rückerstattung, den er dadurch verdinglichen kann, daß er die Sache anstatt mit dem Anspruch aus dem Leihvertrage, mit dem Eigentumsanspruch zurückverlangt. Für diesen Fall besteht also

ein Widerspruch zwischen dem tatsächlichen Zustande und dem kraft des dinglichen Rechtes zu fordernden nicht.

Das würde erst der Fall sein, wenn der Entleiher die Sache nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht herausgeben würde: der dingliche Anspruch auf Herausgabe besteht aber trotzdem!

Daraus ergibt sich meines Erachtens, daß der Anspruch nicht erst mit der Rechtsverletzung, sondern schon mit dem Zeitpunkt entsteht, in dem der Berechtigte von einer gewissen Person ein Tun oder Ablassen von einem Tun verlangen kann.[1] Die Ausführungen Hellwigs, die ich im übrigen für zutreffend halte, würden den Herausgabeanspruch als ein Forderungsrecht auf eine positive Leistung seitens einer bestimmten Person kennzeichnen, das selbständig neben dem dinglichen Recht steht, und damit ergibt sich für den dinglichen Herausgabeanspruch dieselbe Folgerung wie für den obligatorischen: Er ist ein Schuldverhältnis!

Auch Wendt[2] vertritt die Identität von Anspruch und Schuldverhältnis und bejaht dies auch für die dinglichen Ansprüche.

Die Einwendungen Regelsbergers[3], daß eine Subsummierung der dinglichen Ansprüche unter den Begriff der Obligation aus dem Grunde unstatthaft sei, weil dem die bleibende Abhängigkeit des dinglichen Anspruchs von dem ihn erzeugenden Recht entgegenstehe, widerlegt er sehr treffend,[4] insbesondere durch den Nachweis der Unabhängigkeit des Vorkaufsrechts (vergl. §§ 1094, 2 und 1098, 2 BGB.) und der Reallasten (§ 1105, 2 BGB.), die für

1) Crome Bd. 1, S. 179.
2) Wendt a. a. O. S. 388 ff.
3) Regelsberger Pandekten I, § 52 VI.
4) Wendt a. a. O. S. 395 ff.

den Berechtigten Forderungsrechte rein obligatorisch begründen.

Die Ansicht Hölder's, nach dessen Auffassung die dingliche Klage ein doppeltes Objekt hat, indem sie einmal eine privatrechtliche Forderung (den Anspruch als solchen) geltend macht, jedoch nicht für sich, sondern in Verbindung mit einem ihn begründenden Rechtsverhältnis, das im Prozeß auch seinerseits ein notwendiges Objekt der Entscheidung bilde, und der aus diesem Grunde die Identität von Anspruch und Schuldverhältnis bezüglich der dinglichen Ansprüche verneinen will, bekämpft Wendt [1] durch den Nachweis, daß diese Duplizität tatsächlich nicht vorhanden ist, sondern daß in jedem Prozeß die Entscheidung über den Klagegrund mit der über den Anspruch zusammenfalle.

Diesen Ausführungen ist meines Erachtens beizutreten, ebenso wie dem aus seiner Untersuchung gewonnenen praktischen Schluß, daß die allgemeinen Grundsätze und Regeln des Obligationenrechtes auch auf die Ansprüche aus absoluten Rechten zu übertragen seien. [2]

Zu dem gleichen Ergebnis muß bei folgerichtiger Weiterentwicklung seiner Ausführungen Crome kommen. Er sagt: [3] Der einzelne Anspruch, wenn er entstanden ist,

> hat dennoch gleichen Charakter, mag er aus einem absoluten oder relativen Recht hervorgehen. Er besteht immer darin, im Augenblick eine Leistung von einer gewissen Person verlangen zu können. Auch beim absoluten Recht geht er nicht blos auf etwas Negatives, sondern gerade so gut auf ein Tun.

---

1) Wendt a. a. O. S. 407 ff.
2) Wendt a. a. O. S. 412.
3) Crome, Bd. 1, S. 180.

Wenn aber, wie er ausführt, die Ansprüche aus relativen und absoluten Rechten gleichartig sind und wenn ferner das Schuldverhältnis identisch mit dem Anspruch ist, so ist auch jeder Anspruch ein Schuldverhältnis.

Für die Gleichstellung der dinglichen Ansprüche mit den Forderungsrechten spricht sich ausdrücklich auch Endemann aus.[1]

Der Hauptgegner der hier vertretenen Ansicht über die Beziehungen zwischen Anspruch und Schuldverhältnis und das Verhältnis von Ansprüchen aus relativen Rechten zu solchen aus absoluten, ist Kohler.[2]

Er bezeichnet die Annahme, daß der Anspruch, einmal entstanden, die Natur einer Forderung, also eines Schuldrechtes annehme, als unrichtig. Allerdings ohne Begründung.

Weiter führt er dann aus, die Ausdrucksweise des BGB. sei ungenau, wenn in § 985 die Rede davon sei, daß der Eigentümer die Herausgabe verlangen könne.

Der Besitzer sei gegenüber dem Eigentümer gar nicht zu einer positiven Tätigkeit verpflichtet, er entspreche dem Eigentumsanspruch schon dann, wenn er aufhöre, sich in Bezug auf die Sache als Besitzer zu verhalten, was sich auch daraus ergebe, daß der Besitzer nicht verpflichtet sei, dem Eigentümer die Sache zu bringen.

Die Richtigkeit dieses Arguments soll erst später geprüft werden, denn schon nach allgemeinen Grundsätzen muß die Lehre Kohler's meines Erachtens als nicht haltbar bezeichnet werden.

Es ist nicht einzusehen, weshalb in einen Paragraphen des BGB., der sich durch Klarheit des Inhaltes, Bestimmt-

1) Endemann, Bd. I S. 452 Anm. 12.
2) Kohler, Bd. I S. 178.

heit des Ausdrucks und durch Kürze auszeichnet, etwas hineingedeutelt werden soll, das seinem ganzen Inhalte m. E. geradezu zuwiderläuft.

Damit, daß der Besitzer aufhört, „sich als Besitzer zu verhalten" ist dem Eigentümer recht wenig gedient, denn er will sein Eigentum wiederhaben, und derjenige, der die Sache zu Unrecht besitzt, soll sie ihm herausgeben.

Wenn er ohne Zutun des Eigentümers (Kohler denkt an die Annahme seitens des Eigentümers) lediglich dadurch, daß er aufhört zu besitzen, von dem Eigentumsanspruch frei wird, so kann er ja diesen Effekt sehr einfach durch Dereliktion der Sache erzielen.

Dieser Erfolg entspricht aber nicht dem Sinne des Gesetzes.

Ich halte vielmehr diejenige Auslegung des § 985 für richtiger, die in demselben eine Verpflichtung zu einer positiven Leistung des Besitzers, der Herausgabe, sieht.[1]

Auch Kipp bei Windscheid[2] lehnt die hier vertretene Ansicht, — wenn auch in viel milderer Form („entspricht wohl nicht") ab, ohne jedoch hierfür stichhaltige Gründe anzugeben.

Das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen ist also:

> Der dingliche Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB. hat den gleichen Charakter wie irgendein Anspruch aus einem relativen Recht, und ist ebenso wie dieser ein Schuldverhältnis.

Ist dies aber richtig, dann müssen auch die Vorschriften des Schuldrechtes, mit Berücksichtigung der Natur

---

1) Vergl. Motive Bd. 3. S. 397 ff.
2) Kipp b. Windscheid Bd. 2. S. 8.

des Herausgabeanspruches natürlich, auf diesen anzuwenden sein.

Daß die Vorschriften des Schuldrechtes im allgemeinen Anwendung finden, dürfte in vorstehenden Ausführungen bereits dargetan sein.

Im Einzelnen ist beim Herausgabeanspruch zu untersuchen, auf welche Vorschriften des Schuldrechts, wenn wir diese einzeln in's Auge fassen, in den §§ 985 ff. ausdrücklich hingewiesen ist, und wie es sich mit den nicht erwähnten verhält: ob sie anzuwenden sind oder nicht.

Es ergibt sich hieraus die folgende Zweiteilung der Arbeit.

§ 3.

Die Anwendbarkeit der Vorschriften des Schuldrechts kraft positiver Bestimmung.

Die erste Bestimmung des Schuldrechts, auf welche beim Herausgabeanspruch ausdrücklich verwiesen wird, ist die über die Verpflichtung zum Schadenersatz.

In § 985 heißt es:

> Der Besitzer ist usw. für den Schaden verantwortlich . . .

Das Gesetz gebraucht hier das Wort „verantwortlich“, wie in den §§ 829, 830, 831, mit Recht als technischen Ausdruck beim außerkontraktlichen Schaden. Da § 989 schlechthin von „Schaden“ spricht, ist hier unter Schaden sowohl lucrum cessans wie damnum emergens verstanden und mithin die Schadensersatzpflicht des § 989 nichts

anderes als die des § 249; mangels anderer Vorschriften müssen daher auch die diesbezüglichen Vorschriften des Schuldrechts hier gelten.

Es kommen also zur Anwendung die § 249—255 inkl.

Die Bestimmung des § 253 wird praktisch in allen den Fällen, wo die vom Schadensersatzpflichtigen herauszugebende Sache einen Vermögenswert nicht hat, sondern lediglich einen Affektionswert, z. B. eine Liebhaberphotographie.

Hier kann, da das Gesetz eine Entschädigungspflicht in Geld nur in den §§ 847, 1300 statuiert, ein Geldersatz nicht verlangt werden.

Im Falle des § 255 muß der zum Ersatz Berechtigte die Ansprüche aus seinem Eigentum an der Sache dem zum Schadensersatz Verpflichteten abtreten, also z. B. die Ansprüche aus §§ 985 und 989.

§ 994 behandelt die Verpflichtung des Eigentümers, dem Besitzer notwendige Verwendungen zu ersetzen. Auch hier liegt unzweifelhaft eine direkte Verweisung auf das Schuldrecht vor.

Daß in § 994 der Ausdruck „Ver"wendungen, in § 256 das Wort „Auf"wendungen gebraucht ist, steht dem nicht entgegen.

Man unterscheidet gewöhnlich:

„Ver"wendung ist eine versio in rem,

„Auf"wendung ist eine versio in fortunam.

Da nach dieser Definition die Aufwendung, wenn auch indirekt, unter allen Umständen auch einer bestimmten Sache zu Gute kommt, und sich damit als Verwendung charakterisiert, so müßte man die Aufwendung als das Umfassendere bezeichnen.

Zweifelhaft wird man aber durch den Gesetzestext, der in § 994 von notwendigen Verwendungen und in § 995 davon spricht, daß zu diesen notwendigen Verwendungen auch die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht, gehören.

Das klingt so, als wenn die Verwendungen das Umfassendere wären und zu diesen auch die Aufwendungen gehörten.

M. E. ist aber hier Folgendes zu betonen und das Gesetz auch dementsprechend zu verstehen:

> Zu den notwendigen Verwendungen im Sinne des § 994 gehören auch die Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht.

Es soll also m. E. hier nicht ein Unterschied zwischen Verwendungen und Aufwendungen hervorgehoben werden, sondern es soll nur gesagt sein, welche Art von Aufwendung zu gleicher Zeit auch eine notwendige Verwendung im Sinne des § 994 ist.

Baring[1] bezeichnet den Begriff Aufwendung als einen der umfassendsten und abgezogensten Rechtsbegriffe und als noch weitgreifender, als der Begriff der Zuwendung.

Er führt dann weiter aus:[2]

> Wir möchten Verwendung als solche Aufwendungen bezeichnen, die nach der Auffassung des Aufwendenden zum Zweck der physischen Erhaltung einer Sache oder einer Sachgesamtheit oder zur

---

1) Baring, Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz, Sächs. Archiv Bd. 14 S. 460.

2) Baring a. a. O. S. 464.

> Verbesserung ihrer tatsächlichen Beschaffenheit gemacht werden.

Auch er bezeichnet also die Aufwendung als das Umfassendere, und die Verwendung als eine Art der Aufwendung.

Auch Böckel[3] schließt den Begriff der Verwendung in den der Aufwendung ein.

Er sagt:

> Unter Verwendungen versteht das BGB. Aufwendungen von Sachen, um sie in ihrer Gestalt oder ihrem Wert zu bewahren oder zu verbessern, oder um Lasten derselben zu bestreiten.

Auch hier ist die Auffassung vertreten, daß die Aufwendung die Verwendung in sich begreift. Der Anwendung des § 256 steht also m. E. nichts entgegen, und die hier normierte Verpflichtung zur Verzinsung der Verwendungen gilt auch für § 994.

Es müssen hier dieselben allgemeinen Erwägungen gelten, die zu der Vorschrift des § 256 führten, daß nämlich die Verwendung auf eine Sache nichts anderes sei, als eine Kapitalanlage, und daß derjenige, der die Nutzungen der betreffenden Sache habe, dem zum Ersatz der Verwendungen Berechtigten dieses Kapital auch verzinsen müsse.

Auch § 257 ist m. E. anzuwenden, denn die Eingehung einer Verbindlichkeit zum Zweck einer Aufwendung ist nichts anderes als eine Aufwendung nach § 256, nur daß sie sich in einer bestimmten Form äußert.

---

3) Böckel im Archiv für zivil. Praxis Bd. 96 S. 400.

Die herrschende Meinung bejaht auch die Anwendbarkeit des § 257.[1]

§ 997 behandelt das Abtrennungsrecht des Besitzers und verweist ausdrücklich auf § 258. In allen Fällen, wo § 997 eine Wegnahme zuläßt, richtet sich diese nach den Regeln des § 258. Darüber hinaus bestimmt § 997 Abs. 2, wann das Abtrennungsrecht des mit der Eigentumsklage belangten Besitzers ausgeschlossen ist.

Eine Besonderheit ist hier das Ablösungsrecht des Eigentümers, ein Plus gegenüber § 258.

Ist die verbundene Sache nicht wesentlicher Bestandteil der anderen Sache geworden — was zweifelhaft sein kann — so bleiben natürlich die Eigentumsverhältnisse unverändert, und das Abtrennungsrecht des Besitzers versteht sich von selbst.

Hier mag kurz auf die Streitfrage eingegangen werden, welche besondere Bedeutung das Wort „sich aneignen" hat.

Nach der herrschenden Meinung hat der Besitzer ein Abtrennungsrecht auch dann, wenn nicht er, sondern ein Dritter früher Eigentümer der abzutrennenden Sache gewesen ist.

War er früher Eigentümer der verbundenen Sache, so ist es unstreitig, daß er durch die Abtrennung sein durch die Verbindung erloschenes Eigentum wieder erlangt.

Wie aber regeln sich die Eigentumsverhältnisse, wenn er als Besitzer eine früher im Eigentum eines Dritten stehende Sache abtrennt und sich aneignet?

---

1) Planck zu §§ 257, 670.
Schollmeyer zu § 257.
Oertmann zu § 257.
Dernburg, Bd. 2 § 35,3.
A. M. Böck a. a. O.

Hellman[1] führt aus, in diesem Falle würde nicht der abtrennende Besitzer, sondern durch ihn sofort der frühere Eigentümer wieder Eigentümer.

Tobias[2] nimmt an, daß die in Ausübung des Wegnahmerechtes erfolgte Abtrennung ohne weiteres die Wiederauflebung aller durch die Verbindung erloschenen dinglichen Rechte bewirke.

M. E. kann die Abtrennung allein überhaupt keine entscheidende Wirkung auf die Eigentumsverhältnisse haben. § 997 sagt ausdrücklich:

abtrennen und sich aneignen.

Der Vorgang zerfällt also, wie auch Hellmann[3] annimmt, in zwei Akte.

Das Wort „aneignen" findet sich sonst nur in den §§ 928 und 958.

§ 948 identifiziert die Begriffe „in Eigenbesitznehmen und „aneignen" und spricht als Folge der Aneignung im Normalfall den Eigentumserwerb aus.

Die gleiche Folge hat hier m. E. die Aneignung.

Der Abtrennende erwirbt durch die Aneignung Eigentum, mag die abgetrennte Sache ihm oder einem Dritten gehört haben.

Im letzteren Falle hat der Dritte gegen den abtrennenden Besitzer lediglich Schadensersatzansprüche. (Vgl. § 951.)[4]

Ist das Trennungsrecht zu Unrecht ausgeübt, so entsteht die Verpflichtung zum Schadensersatz aus § 989.

---

1) Hellmann, Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 67 S. 291.
2) Tobias, Archiv für zivil. Praxis, Bd. 94 S. 449.
3) Hellmann a a. O.
4) So Planck, Bd. 3 S. 322; Gierke, Sachenrecht, S. 523, Anm. 24.

Der Umfang der Schadensersatzpflicht regelt sich dann wieder nach § 249 ff.

§ 1000 behandelt das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers wegen seines Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen.

Das Gesetz verweist hier schon durch die Fassung des Paragraphen, indem es den Ausdruck „Zurückbehaltungsrecht", den es in § 273 definiert, gebraucht, darauf, daß es diesen § 273 auch hier angewendet wissen will.

§ 273, 2 stimmt fast genau mit § 1000 überein, nur mit dem Unterschiede, daß in § 273, 2 die Fälligkeit des Anspruchs auf Ersatz von Verwendungen ausdrücklich gefordert wird.

Nach § 1000 hat der Besitzer immer ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen.

Durch die Fassung des Gesetzes „ihm zu ersetzenden" Verwendungen ist ausgedrückt, daß hier auch nur von vollgültigen fälligen Ansprüchen die Rede ist. Sonst wären sie eben nicht zu ersetzen. Die Verwertung dieses fälligen Anspruchs ist eben die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes.

Zur selbständigen Geltendmachung des Anspruchs ist allerdings vorerst die Rückgabe der Sache erforderlich. Die Fälligkeit tritt hier erst mit diesem Zeitpunkte ein. Fälligkeit ist also auch in § 1000 BGB. Erfordernis des Verwendungsanspruchs. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 Satz 1, daß die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes durch Sicherheitsleistung abgewendet werden könne, findet auch auf das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 Anwendung. Ebenso die Vorschrift des § 273 Abs. 3 Satz 2. Denn die Erwägung, daß das Zurückbehalten der Leistung eine größere Sicherheit, als die Stellung eines Bürgen bietet, gilt gleichmäßig für beide Paragraphen.

Die Anwendbarkeit des § 273 hat natürlich zur Folge, daß die Vorschriften des § 274 über die Wirkung, welche die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts im Prozeß hat, auch für § 1000 gelten. Man käme sonst unter Berücksichtigung des Wesens einer Einrede zur Abweisung der Klage, welcher das Zurückbehaltungsrecht entgegengesetzt würde. Das ist aber zweifellos nicht im Sinne des Gesetzes. Zurückbehaltungsrecht und Verurteilung Zug um Zug sind so eng verbundene Begriffe im Rechtssystem, daß der rechtliche Charakter des Anspruchs, dem das Zurückbehaltungsrecht entgegengesetzt wird, keinen Einfluß auf dessen Wirkung haben kann. Wendt[1] schreibt hierzu:

Es ist die allgemeine Ansicht, § 274 BGB. auch bei den dinglichen Ansprüchen zur Anwendung zu bringen. Der Grund dafür liegt natürlich in der Einsicht, daß es für die Wirkung des Zurückbehaltungsrechtes nicht auf die Art des erhobenen Herausgabeanspruches ankommen könne, und daß jene Verurteilung Zug um Zug, wenn sie einmal überhaupt in das heutige Rechtssystem eingeführt ist, dem Zweck und Wesen des Zurückbehaltungsrechtes überall in der gleichen Weise entspreche. Zur Unterstützung wird auch äußerlich darauf aufmerksam gemacht, daß in § 273 sich die Legaldefinition des Zurückbehaltungsrechts ausgesprochen findet und daß also, wenn § 1000 von diesem technischen Ausdruck Gebrauch macht, dann derselbe auch so zu verstehen und zu handhaben sei, wie er an jener Stelle des Gesetzes beschrieben und geregelt worden sei.

§ 989 behandelt die Verpflichtung des Besitzers zum Schadensersatz, wenn gewisse Wirkungen durch sein Verschulden eingetreten sind.

1) Wendt a. a. O., S. 377 ff.

M. E. wird hier das Wort Verschulden nicht richtig angewendet. Wie wir gesehen haben, ist der Anspruch auf Herausgabe ein Schuldverhältnis, und daher muß, wenn mit Beziehung auf ihn ein Verschulden vorliegt, dieser Verschuldungsbegriff so aufgefaßt werden, wie es im Recht der Schuldverhältnisse geschieht.

Der ganze Verschuldungsbegriff ist aber dispositiv. Abgesehen von den verschiedenen Arten von Vorsatz und Fahrlässigkeit, umfaßt er ja auch noch andere Begriffe.

Man denke an das in §§ 202, 203 HGB. hervorgehobene „bösliche Verhalten" und an § 1567 BGB., der von „böslichem Verlassen" spricht.

Das Maß der Sorgfalt, zu der man verpflichtet ist, kann durch Gesetz oder Parteiwillen erhöht oder herabgesetzt werden, nur mit der Einschränkung, daß die Haftung für Vorsatz nach § 276, 2 dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden kann. Infolgedessen spricht man im Recht der Schuldverhältnisse auch nicht von „Verschulden", sondern von Umständen, welche man — sei es infolge einer gesetzlichen Bestimmung, sei es infolge einer Parteivereinbarung — auf Grund des Schuldverhältnisses zu vertreten hat.

§ 989 muß daher m. E. lauten:

> Der Besitzer ist von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, die Sache verschlechtert wird usw.

Mit dieser hier vorgeschlagenen Fassung des § 989 ergibt sich, daß sowohl die Bestimmung des § 275 wie die Bestimmung des § 276 unbedingt auch hier Anwendung finden müssen.

Das Gleiche möchte ich für die §§ 278, 280—283 annehmen. Die Anwendbarkeit des § 279 dagegen ist ausgeschlossen, da es sich bei der rei vindicatio um eine bestimmte Sache handelt.

Zu den vorgenannten Paragraphen sei noch Folgendes bemerkt:

Die Verpflichtung des § 985 ist m. E. eine Verbindlichkeit im Sinne des § 278, und es ist daher dem Gesetzeswillen vollständig entsprechend, wenn man bei der Erfüllung dieser Verbindlichkeit durch eine der in § 278 genannten Personen den Schuldner für ein Verschulden dieser Personen bei der Erfüllung ebenso haften läßt, wie für eigenes Verschulden.

Die Anwendbarkeit der §§ 275, 278 ergibt, daß auch die Vorschriften der §§ 280—283, welche die Wirkungen der in den vorhergehenden Paragraphen normierten Fälle enthalten, anzuwenden sind.

§ 990 enthält in Abs. 2 die Vorschrift:

> Eine weitergehende Haftung des Besitzers wegen Verzugs bleibt unberührt.

Hier ist also als selbstverständlich ausgedrückt, daß die Vorschriften über den Verzug in den §§ 284—290 direkte, nicht etwa nur entsprechende Anwendung finden.

Affolter[1] führt hierzu aus:

Der Gesetzgeber erkennt ausdrücklich an, daß bei Ansprüchen aus dem Eigentum ein Verzug des Verpflichteten möglich ist.

Wenn aber der dinglich Verpflichtete sich im Verzuge befinden kann, so müssen die Mittel, um ihn in Verzug zu

---

1) Affolter a. a. O., S. 466.

setzen, die gleichen sein, wie bei obligatorisch Verpflichteten; also müssen die Vorschriften der §§ 284, 285 entsprechende Anwendungen finden.

Ebenso müssen die Wirkungen des Verzuges eines dinglich Verpflichteten die gleichen sein, wie die Wirkungen des Verzuges eines obligatorisch Verpflichteten, also kommen die §§ 286—290 entsprechend zur Anwendung. Es kann mit Recht der Schluß gezogen werden, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen einem obligatorischen und einem dinglichen Anspruch nicht besteht, daß sie vielmehr wesensgleich sind.

Affolter kommt also zum gleichen Resultat. Die hier vertretene Ansicht, daß es sich nicht um entsprechende, wie Affolter sagt, sondern um direkte Anwendung handelt, ist schon eingangs betont. In der zitierten Gesetzesbestimmung ist aber noch mehr zu finden.

Daß die Verpflichtung aus § 990 sich zunächst nur auf Nebenleistungen, wie Geldersatzverpflichtungen bezieht, schließt meines Erachtens die Geltung dieser Bestimmung für den Hauptanspruch nach § 985 keineswegs aus

§ 990, 2 enthält einen direkten Hinweis darauf, daß die Verpflichtung aus § 990 vom Gesetz als Leistung nach § 284 aufgefaßt wird, und das ist, da § 990, 2 für § 985 Anwendung findet, ein neuer Beweis dafür, daß auch die Verpflichtung aus § 985 eine Leistung zum Gegenstand hat, und daß das bei Geltendmachung des § 985 vorliegende Rechtsverhältnis ein Schuldverhältnis ist.

§ 990 konstituiert geradezu ein besonderes Schuldverhältnis, dem zufolge der unredliche Besitzer gemäß den dort normierten Vorschriften haftet.

Es finden also auch die im übrigen in Betracht kommenden Vorschriften des Schuldrechts, insbesondere die §§ 276, 255, 280 Anwendung.

Für die Geltung der §§ 398—412 bezüglich des Herausgabeanspruchs ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz zwei Beweise.

Zunächst drücken der Abs. 2 des § 986, der Ausdruck „Rechtsnachfolger" in § 999, und die Bestimmung des § 931 deutlich aus, daß die Anwendung der Vorschriften über die Übertragung der Forderung als selbstverständlich angesehen wird.

Das Gesetz gibt aber auch eine positive Bestimmung in § 413, worin es heißt:

> daß die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen auch auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung finden, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

Unter den „anderen Rechten" sind nach der herrschenden Meinung insbesondere die dinglichen Rechte verstanden.

Die Bestimmung des § 931 ist allerdings in ihrer Allgemeinheit eine Neuerung, die das BGB. eingeführt und damit einen alten und lebhaften Streit beseitigt hat.

Im römischen Recht finden wir einzelne Fälle der Zession der rei vindicatio. [1]

Hier handelt es sich aber nicht um eine bestimmte Theorie, sondern um einzelne praktische Anwendungsfälle einer zwangsweisen Zession der rei vindicatio, so z. B. die Bestimmung, daß, wenn eine verkaufte Sache vor der Übergabe an den Käufer beim Verkäufer ohne dessen Verschulden

1) Zitate Stampe a. a. O., S. 314 ff.

gestohlen worden ist, die actio furti nicht dem Käufer, sondern nach wie vor dem Verkäufer zustehe, dieser jedoch verpflichtet sei, dem Käufer die actio furti, condictio furtiva und die rei vindicatio abzutreten![1]

Windscheid[2] nimmt eine prinzipielle Regelung der Vindikationszession auch im römischen Recht an und zwar soll die Übertragung der rei vindicatio einmal zugunsten desjenigen erzwingbar sein, dem das Eigentum an einer Sache verschafft werden soll, der aber, weil der Gegner ohne seine Schuld die Sache nicht mehr hat, weder die Sache selbst noch Schadensersatz erhält, ferner aber auch zugunsten desjenigen, der die Sache herausgeben soll, aber nicht kann und dafür Schadensersatz leisten muß. Windscheid schließt dies Prinzip aus den Quellenstellen.

Ausgesprochen ist es ausdrücklich nicht. Aber aus der Tatsache, daß die Römer wohl kaum die Zession der dinglichen Klagen mit Stillschweigen übergangen hätten, wenn hier andere Prinzipien gegolten hätten, wie bei der Zession der persönlichen Klagen, darf wohl mit Recht geschlossen werden, daß die Vorschriften über Zession persönlicher Klagen auch auf die Zession dinglicher Klagen anzuwenden waren.[3]

Für das gemeine Recht behandelte die Frage von der Vindikationszession zuerst Mühlenbruch in seiner Lehre von der Zession der Forderungsrechte, Greifswald 1836.

Bahnbrechend wirkte dann Rudolf von Iherings Abhandlung „Übertragung der rei vindicatio auf Nichteigentümer 1857“, in der er die Ansicht Mühlenbruchs,

---

1) L. 14 p. de furtis.

2) Windscheid, Pandektenrecht II § 337 A. 1.

3) Derselben Ansicht: Ihering, Jahrbücher Bd. 1 S. 104; Stampe a. a. O., S. 319 f.

wonach der Zessionar lediglich das Recht hatte, ein Forderungsrecht des Zedenten auszuüben, während das Recht selbst der Zedent behielt, bekämpfte und den Satz aufstellte, der Zessionar übe das Klagerecht des Zedenten aus, aber vermöge eigenen Rechtes.

Von da ab wurde die Lehre von der Zession der rei vindicatio, wie die zahlreichen Arbeiten darüber beweisen, [1] zu einer rege verfolgten Streitfrage. Die herrschende Ansicht im gemeinen Recht war wohl die, daß der Zessionar nicht das Eigentum selbst durch die Zession der rei vindicatio erwirbt, wohl aber das Recht, das Eigentum geltend zu machen.

Im Gegensatz zum ersten Entwurf des BGB. §§ 804, 874 bestimmte der zweite Entwurf §§ 842, 844 und mit ihm § 931 BGB.:

> Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Veräußerer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe abtritt.

Ist also die Einigung vorhanden, so geht durch die Zession heute sofort das Eigentum über.

In der neueren Literatur ist dann viel über die Frage gestritten und geschrieben worden, welcher Anspruch mit § 931 gemeint sei, wenn der Eigentümer nicht nur auf Grund seines Eigentums, sondern auch kraft eines persönlichen Schuldverhältnisses (der Besitzer ist Pächter, Mieter oder dergl.) die Herausgabe verlangen kann, wo also ein dinglicher mit einem persönlichen Anspruch zusammentrifft.

1) Windscheid, Actio; Bär a. a. O., S. 369 ff., 443—445; Gruchot a. a. O., S. 540—544; Stampe a. a. O., S. 362.

Darüber, daß der dingliche Anspruch stets gemeint ist, herrscht kein Zweifel.[1] Aber ob beim Zusammentreffen der Ansprüche die Abtretung des persönlichen Anspruches genügt, oder ob der persönliche und der dingliche Anspruch abzutreten seien, ist bestritten. Bei der Wesensgleichheit der dinglichen und persönlichen Ansprüche möchte ich mich der von Neumann vertretenen Ansicht anschließen,[2] wonach die Abtretung irgend eines Anspruches des dinglichen oder des persönlichen genügt. Derselben Ansicht war früher auch Matthiaß,[3] hat sie aber in der neuesten Auflage seines Werkes 1910 S. 458 fallen gelassen, und verlangt, daß beide Ansprüche abzutreten seien.

Auf die Vorschriften der §§ 812 ff., 823 ff., 677 des besonderen Teiles des Schuldrechtes wird ausdrücklich hingewiesen in den §§ 988, 992 und 994, 2.

Zu § 992 bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 823 ff sei hier bemerkt, daß mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 993, 1 angenommen werden muß, daß die Haftung gemäß §§ 823 ff. nur dann eintritt, wenn die Voraussetzungen des § 992, also a verbotene Eigenmacht, b eine strafbare Handlung gegeben sind, daß also nicht, wie man nach § 823, 1 annehmen könnte, jede vorsätzliche oder fahrlässige Handlung dieser Haftung zur Folge hat.

§ 994, 2 behandelt die Ersatzansprüche wegen Verwendungen des unredlichen Besitzers und des Besitzers nach der Rechtshängigkeit.

Der Umfang der Ersatzpflicht regelt sich hier nach §§ 677 ff., insbesondere nach §§ 683, 684.

1) Biermann a. a. O., S. 74; Cosack a. a. O., Bd. 2 S. 125; Fischer-Henle a. a. O., S. 467; Planck, Bd. 3 S. 183.

2) Neumann a. a. O., Bd. I S. 622.

3) Matthiaß a. a. O., Bd. II S. 60.

§ 4.

Die Anwendbarkeit in den Fällen, wo eine positive Vorschrift zur Anwendung nicht besteht.

Aus der Tatsache, daß außer den vorerwähnten Stellen sich beim Herausgabeanspruch keine weiteren ausdrücklichen Verweisungen auf das Schuldrecht finden, könnte man schließen, daß damit auch die Anwendbarkeit der Vorschriften des Schuldrechts auf den Herausgabeanspruch erschöpft sei.

M. E. wäre dieser Schluß nicht richtig.

Der Anspruch aus § 985 ist ein Schuldverhältnis, und deshalb müssen auch noch andere, nicht ausdrücklich erwähnte Vorschriften des Schuldrechts für ihn gelten. Dem Charakter des Herausgabeanspruchs als Schuldverhältnis entsprechend gilt § 242 natürlich auch für ihn.

Man denke nur an den so häufig vorkommenden Fall, daß Jemand Sachen zur Ansicht zugeschickt erhält, Weinproben, Zigarrenproben usw. Hierdurch entsteht das Verhältnis des Besitzers zum Eigentümer, und zwar ist der Empfänger sogar bösgläubiger Besitzer. Er haftet also gemäß § 989 für jedes Verschulden. Indes wird der Verkehr es hier nicht so genau nehmen. Man kann bei Anwendung des § 242 nicht verlangen, daß der Adressat auf diese ohne seinen Willen in seinen Besitz gekommene Sache auch noch besondere Sorgfalt verwendet.

Stellt er also z. B. die Zigarren, weil er sonst keinen Platz hat, auf den Speicher, wo sie im Laufe der Zeit etwa feucht werden, so ist ein Verschulden zu verneinen und der Eigentümer kann nicht neben der Herausgabe auch noch Schadensersatz regen dieser Verschlechterung verlangen.

Vgl. auch Wendt,[1] der seine längeren diesbezüglichen Ausführungen, die sich im wesentlichen auf römisches Recht und die dortige Gleichstellung von dinglichen Herausgabeansprüchen mit bonae fidei actionen gründen, mit den Worten schließt:

> damit wird auch für uns die Übertragung des § 242 auf die dinglichen Ansprüche aller praktischen Bedenken entkleidet. Auch a priori ist die Behauptung wohl begründet, daß den Ansprüchen überall in solcher Weise zu genügen sei, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Die §§ 243—246 finden keine Anwendung, da der Herausgabeanspruch nur eine ganz bestimmte Sache zum Gegenstand haben kann.

Über die Anwendbarkeit der §§ 246, 247 ist schon gesprochen worden. § 248 wird praktisch wohl kaum in Frage kommen. Die Anwendung der §§ 260, 261 ist m. E. nur beschränkt zulässig.

Die Vindikation kann sich nur gegen einen bestimmten Gegenstand richten. Eine Sachgesamtheit als solche kann daher nicht vindiziert werden, vielmehr müssen die einzelnen Gegenstände genau bezeichnet und an jedem einzelnen das Eigentum nachgewiesen werden. Die genaue Bezeichnung der Sache ist unumgängliches Erfordernis des Anspruches aus § 985.

Das Reichsgericht[2] hat z. B. in einem Falle, wo der Kläger Anerkennung seines Eigentums an einer nach dem Kataster bezeichneten Parzelle von bestimmter Größe verlangte, wo aber die Beweisaufnahme ergeben hatte, daß

1) Wendt a. a. O., S. 387.
2) RG., Bd. 68 S. 25.

die Abgrenzung der streitigen Fläche infolge der inzwischen erfolgten Bebauung nicht mit Sicherheit erfolgen konnte, der Revision des Beklagten stattgegeben, und ausgeführt:

> So lange es an der räumlichen Abgrenzung fehle, entbehre die Eigentumsklage, gleichviel, ob damit Herausgabe eines Grundstücks oder Anerkennung des Eigentums und Berichtigung des Grundbuchs verlangt werde, der erforderlichen Bestimmtheit des Gegenstandes; sie könne nur zum Ziele führen, sofern und soweit dieser Mangel gehoben werde.

Die Vindikation einer Sachgesamtheit ist also in der Regel nicht zulässig. Diese Regel wird aber durchbrochen,[1] wenn das Gesetz ausdrücklich die Verpflichtung zur Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen enthält, und diese Verpflichtung des Beklagten gegenüber dem Kläger besonders neben dem Eigentumsanspruch dieses letzteren besteht. Bei dieser Rechtslage fällt die Bezeichnung des einzelnen Gegenstandes fort, der Inbegriff als solcher kann vindiziert werden, aber auch er ist genau und bestimmt zu bezeichnen.

In den Fällen der §§ 667, 2374, 1421 z. B. würde der Anwendung des § 260 und mithin des § 261 nichts im Wege stehen. Bunsen[2] scheint der gleichen Auffassung zu sein, wenn er sagt:

> Wenn auch das BGB. in einzelnen Bestimmungen von einem Inbegriff von Sachen redet, so erschöpft sich doch die praktische Verwendbarkeit eines Inbegriffs in diesen Bestimmungen, und es ist nicht gerechtfertigt, dem Inbegriff als solchen darüber

1) Rechtssprechung der OLG., Bd. 5 S. 154.
2) Bunsen a. a. O., S. 426.

hinaus im dinglichen Rechtsverkehr eine sachliche Selbständigkeit, eine objektive Rechtsfähigkeit zu verleihen.

Die Anwendung der §§ 262—266 ist ausgeschlossen, da es sich hier nicht um den Anspruch auf einen bestimmten Gegenstand handelt.

§ 267 kommt m. E. nicht zur Anwendung. Es könnte sich hier höchstens darum handeln, daß der Schuldner die Herausgabe durch einen Dritten besorgen läßt. Leistungen, die im Namen des Schuldners von einem Dritten als Stellvertreter bewirkt werden, fallen aber nach der herrschenden Meinung nicht unter § 267.

§ 268 ist natürlich nicht anwendbar, weil hier vorausgesetzt wird, daß der Schuldner Eigentümer der Sache ist.

Die Vorschriften der § 269 bis 271 halte ich für anwendbar.

Da aber der Besitzer bis zur Rechtshängigkeit oder dem Eintritt bösen Glaubens bezüglich des Aufbewahrungsortes der Sache frei disponieren kann, so wird man im allgemeinen die Herausgabe nur an dem Orte verlangen können, wo sich die Sache befindet.

Nach Eintritt der Rechtshängigkeit oder des bösen Glaubens darf der Besitzer Verfügungen über den Aufbewahrungsort nur insoweit treffen, als sie der ihm obliegenden Fürsorgepflicht bezüglich der Sache entsprechen.[1]

Jedenfalls ist m. E. im Gegensatz zu der von Kohler vertretenen Ansicht der unmittelbare Besitzer verpflichtet, dem Eigentümer den unmittelbaren Besitz zu verschaffen

1) Planck zu § 985.
Staudinger zu § 985.

und die hierzu nötigen Erklärungen abzugeben, bezw. Handlungen vorzunehmen, also zu einem positiven Tun.

§ 272 ist nicht anwendbar, da der Anspruch auf Herausgabe sofort fällig ist.

§ 291 kann m. E. nicht allgemein angewendet werden, da die Herausgabe einer Geldschuld an und für sich mit der Klage aus § 985 nicht verlangt werden kann.

Ich halte aber den Paragraphen in denjenigen Fällen für anwendbar, wo an die Stelle der Verpflichtung zur Herausgabe einer bestimmten Sache in Folge Umwandlung in eine Geldschuld die Verpflichtung getreten ist, diese Geldschuld zu leisten.

§ 292 enthält wieder einen neuen Beweis für die engen Beziehungen der Vorschriften des Schuldrechts zu dem Herausgabeanspruch. Von einer Anwendung dieses Paragraphen auf §§ 985 ff. kann natürlich keine Rede sein. Die Sache liegt hier umgekehrt.

In den Fällen nämlich, wo auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses herauszugeben ist, sollen die Vorschriften über den sachenrechtlichen Anspruch auf Herausgabe Anwendung finden.

Die Bestimmungen der §§ 293 bis 304 über den Verzug des Gläubigers scheinen mir unbedenklich auch für den Herausgabeanspruch gültig zu sein.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist der Inhalt des Herausgabeanspruchs ein Schuldverhältnis, der Gegenstand des Anspruchs eine Leistung. Der Schuldner muß auch, wie ich gezeigt habe, die Vorschriften über den Schuldnerverzug gegen sich gelten lassen.

Unter diesen Umständen darf m. E. der Gläubiger nicht anders gestellt werden, als es der juristischen Kon-

struktion des ganzen Rechtsverhältnisses entspricht, und das lediglich aus dem Grunde, weil das Gesetz keine greifbare Handhabe für die Anwendung gewisser Vorschriften bietet. Wir haben es mit einem Schuldverhältnis zu tun.

Die Gültigkeit der Vorschriften über den Schuldnerverzug ist im Gesetz in einer Weise erwähnt, aus der ersichtlich ist, daß die Anwendbarkeit auch ohne diese Bestimmung vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzt worden ist.

Auch die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Gläubigerverzug erscheint mir daher ganz unbedenklich.

Die Bestimmungen der §§ 305—328 sind nicht anzuwenden, da mit der Klage aus § 985 nicht auf Grund eines durch Rechtsgeschäft begründeten Schuldverhältnisses, sondern auf Grund des Eigentums gefordert wird.

Mit Ausnahme des § 330 halte ich dagegen die §§ 328—335 auf den Herausgabeanspruch für anwendbar.

Gegenstand des Anspruchs ist eine Leistung, die m. E. sehr wohl durch Vertrag an einen Dritten versprochen werden kann. Das Gesetz sagt nicht

daß hier nur bestimmte Leistungen in Betracht kommen.

Leistungen jeder Art können Gegenstand des Vertrages zugunsten eines Dritten sein.

Die Anwendung der §§ 328—335 entspricht auch den Erfordernissen des praktischen Lebens.

Z. B. A ist Eigentümer, B Besitzer einer Sache. Da A dem C die Sache vermieten will, C den gleichen Wohnsitz wie B. hat, und B gerade am Wohnorte des A ist, so vereinbart A mit B, daß dieser direkt an C herausgeben soll, so daß C einen unmittelbaren Anspruch hat.

Die §§ 336—339 sind nicht anwendbar, da ein Vertrag die Grundlage der dort enthaltenen Bestimmungen bildet.

Für den Herausgabeanspruch gültig sind m. E. die §§ 339—345 [1] denn hier spricht das Gesetz nur von dem Fall, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt.

Die Verpflichtung zur Herausgabe ist aber zweifellos eine Verbindlichkeit in diesem Sinne.

Die § 346—361 kommen, wie sich aus der Natur der Sache ergibt, nicht zur Anwendung.

Bei dem hier vertretenen Standpunkt von der Identität des Herausgabeanspruchs mit dem Schuldverhältnis ergibt es sich von selbst, daß die Herausgabe der Sache als Erfüllung im Sinne des dritten Abschnittes des Rechts der Schuldverhältnisse anzusehen ist.[2]

Es sind also zunächst die §§ 363—365 anzuwenden. § 366 und § 367, dessen Vorschrift das prinzipielle Bestimmungsrecht des Schuldners beschränkt, können natürlich, da es sich hier um Leistungen aus mehreren Schuldverhältnissen handelt, nicht in Betracht kommen, wohl aber sind die §§ 368—371 anwendbar.

Mit Rücksicht darauf, daß nach der hier vertretenen Ansicht auch bei der Leistung aus § 985 Gläubigerverzug möglich ist, das zweite Erfordernis aber für die Anwendung des § 372 immer und bei jedem Rechtsverhältnis eintreten kann, mithin also die Voraussetzungen für die Hinterlegung

---

1) Vgl. Rümelin im Archiv f. zivil. Praxis Bd. 68 S. 187.

2) Rümelin a. a. O.
Kretschmar, die Erfüllung I. S. 145 ff.

gegeben sind, halte ich auch die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 372—386 für unbedenklich.

Ob die Bestimmungen der §§ 387—398 über Aufrechnung zur Anwendung kommen, erscheint mir zweifelhaft.

Man denke den Fall: Zwei Freunde kaufen in einer Kunsthandlung je eine Reproduktion eines Bismarckbildes von Lenbach. Die beiden Reproduktionen sind einander vollständig gleich und werden auch ganz gleich eingepackt. Die Freunde gehen nach dem Einkauf in ein Restaurant, wo A sein Bild auf die Fensterbank, B das seinige vor sich auf den Tisch legt. Beim Verlassen des Lokals nimmt A das Bild des B mit und umgekehrt.

Das Sachverhältnis an sich ist zwischen A und B unstreitig.

Wenn nun A gegen B auf Herausgabe seines Bildes klagt, kann dann B mit seinem Anspruch auf Herausgabe des ihm gehörigen Bildes gegen A aufrechnen?

Praktisch wäre das zweifellos und auch dem Sinne des § 242 entsprechend.

Aber, streng genommen, ist diese Aufrechnung doch unzulässig: die geschuldeten Leistungen sind m. E. dem Gegenstand nach nicht gleichartig.

Mögen die Bilder auch vollständig gleich sein, begrifflich sind es doch immer zwei verschiedene Gegenstände, und der Anspruch auf Herausgabe des Bildes des A hat etwas ganz anderes zum Gegenstande als der Anspruch auf Herausgabe des Bildes des B.

Das Resultat, daß hiernach die Aufrechnung beim Herausgabeanspruch überhaupt nicht stattfinden kann, ist zwar unbefriedigend, aber m. E. nicht zu umgehen.

Wandelt sich der Herausgabeanspruch in eine Geldforderung um, so ist natürlich auch die Aufrechnung zulässig.

Durch die Feststellung, daß der Anspruch aus § 985 ein Schuldverhältnis ist, ergibt sich die Anwendbarkeit des § 397 von selbst.

Durch den Erlaßvertrag wird dem Besitzer die Herausgabepflicht erlassen. Er kann also einer Klage des Eigentümers auf Herausgabe gegenüber einwenden, gemäß dem Erblaßvertrag brauche er nicht herauszugeben.

Der Erlaß ist abstrakt und läßt das Eigentum unberührt. Je nach dem Parteiwillen kann er aber auch weitergehende Wirkungen haben, als die rein obligatorischen.

So kann der Erlaß z. B. schenkweise erfolgen.

Handelt es sich um eine bewegliche Sache, so ist der Vertrag nicht an die Form des § 518 gebunden, da durch den Erlaß ja die Schenkung schon bewirkt ist.

Handelt es sich um ein Grundstück, so wirkt der Vertrag als Verpflichtung zur Eigentumsübertragung dem Eigentumsanspruch des Eigentümers gegenüber nur insoweit, als er diesen Anspruch einredeweise hemmt, wenn er der Vorschrift des § 313 genügt.

Einem neuen Eigentümer gegenüber ist er dagegen unwirksam, wenn nicht eine Vormerkung gemäß § 883 ff. eingetragen ist.

Die Vorschriften über Schuldübernahme können auf den Herausgabeanspruch keine Anwendung finden.

Der Schuldübernahmevertrag ist für die Klage aus § 985 ganz ohne Bedeutung, diese richtet sich nach wie vor gegen den Besitzer.

§ 420 kann in allgemeinen nicht angewandt werden, da mit der rei vindicatio eine bestimmte Sache gefordert wird.

Ausnahmsweise jedoch in dem Fall, wo ein Inbegriff von Gegenständen vindiziert werden kann.

Die §§ 421—432 sind dagegen jedenfalls anzuwenden.

Die Untersuchung der Anwendbarkeit der Vorschriften des Schuldrechts auf den Herausgabeanspruch ist damit beendet.

Sie hat zu dem Ergebnis geführt, daß bei weitem die größere Menge der schuldrechtlichen Vorschriften auf den Herausgabeanspruch anzuwenden sind, wenn auch, wie es die besondere Natur dieses Anspruchs mit sich bringt, nicht alle.